

Possesso - Azione possessoria - Proposizione da parte dell'attore di separata azione petitoria nel giudizio possessorio - Ammissibilità - Esistenza -Improcedibilità per litispendenza - Esclusione (art. 705 C.p.c.)

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

L'originaria domanda di manutenzione del possesso può essere integrata dall'attore con quella petitoria di accertamento di una servitù di passaggio, a ciò non ostando, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, né il divieto di cumulo di cui all'art 705 c.p.c., applicabile esclusivamente nei confronti del convenuto, né il principio della improcedibilità per litispendenza, attesa la diversità sia della causa petendi che del petitum dell'azione petitoria rispetto a quella possessoria (cfr., tra le altre: *****/05, 1666/04, 5110/98)

Possesso - Azione possessoria -Servitù -Introduzione del ricorrente nel giudizio possessorio di pretese fondate sul titolo di provenienza della servitù - Principio del divieto di opere da parte del proprietario del fondo servente- Applicabilità - Limiti (artt. 1051 e 1067 C.c.)

Analogicamente a quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in tema di tutela del possesso della servitù di passaggio come effettivamente esercitata fino al momento del presunto spoglio da parte del titolare del fondo dominante (cfr. Cass. n. 1743/05; Cass. n. 11036/03; Cass. n.10819/01), nel caso di introduzione nel giudizio possessorio, ad opera del ricorrente, di pretese fondate sul titolo di provenienza della servitù, vale il principio per cui la norma di cui all'art. 1067, secondo comma, cod. civ. vieta al proprietario del fondo servente esclusivamente quelle opere che alterino in qualche modo la utilitas oggetto del diritto di servitù del fondo dominante nel

suo contenuto essenziale determinato dal titolo, mentre tale norma non tutela la utilitas che di fatto il proprietario del fondo dominante pretenda di trarre dalla servitù. Ne consegue, in tema di servitù di passaggio, che sono consentite al proprietario del fondo servente tutte quelle opere che, pur riducendo la larghezza dello spazio di fatto disponibile per l'esercizio della servitù, non cagionino tuttavia una

menomazione o una maggiore scomodità di tale esercizio (cfr. Cass. N. 10990/98). (Fattispecie in cui le opere di collocazione lungo il muro di cinta della stradella di palme e di aiuole con recinzione in conci di tufo da parte del resistente non hanno immutato in modo apprezzabile lo stato preesistente dei luoghi, tanto da comportare un'effettiva limitazione, rispetto al passato, dell'uso e del godimento del passaggio).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI MARSALA

SEZIONE CIVILE

nella persona del giudice unico dott. *****, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile, iscritta al n. 40 del Ruolo Generale contenzioso dell'anno 2003, posta in decisione all'udienza del 9.11.2005 e vertente

TRA

A. L., con domicilio eletto in Marsala, via G. n. 36, presso lo studio dell'Avv. A. B., che la rappresenta e

difende come da procura a margine della comparsa di costituzione di nuovo difensore

RICORRENTE

E

O. L., elettivamente domiciliato in Marsala, via S. R. n. 3,
presso lo studio dell'Avv. *****, che lo rappresenta e difende come da procura in calce al ricorso
notificato

RESISTENTE

OGGETTO: azione di manutenzione del possesso.

CONCLUSIONI: per parte ricorrente: "si riporta alle conclusioni adottate nella memoria ex art. 183 c.p.c. e chiede all'uopo che vengano ammessi i mezzi istruttori dedotti nella memoria stessa e nella successiva memoria ex art. 184 c.p.c.; in subordine chiede che vengano accolte le conclusioni che adottate dal precedente procuratore nell'atto introduttivo e richiamate dall'Avv. B. nella comparsa di costituzione; con vittoria delle spese di lite".

Per parte resistente: "per il rigetto della richiesta di reintegra formulata dalla ricorrente, in via riconvenzionale per l'intervenuta prescrizione del diritto di servitù di passaggio; con vittoria delle spese di lite ed onorari".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 30.8.2002, ***** esponeva:

- 1) di aver avuto da oltre vent'anni il possesso ed il godimento di una stradella larga tre metri che le consentiva l'accesso al fondo di cui era proprietaria, sito in Marsala, ***** n. 635;
- 2) che alcuni mesi prima O. L., avente anch'esso il diritto di servitù di passaggio sulla stradella, aveva piantato sulla stessa cinque alberi di alto fusto e, successivamente, costruito una recinzione degli alberi e delle aiuole, limitandole il passaggio a causa della restrizione della carreggiata di circa un metro;
- 3) che aveva rilevato anche la presenza di un cancello di recente realizzazione al confine tra la sua proprietà e la stradella, la quale era già provvista di due cancelli posti all'inizio e alla fine della stessa.

Ciò premesso, chiedeva la manutenzione del possesso della servitù di passaggio, con vittoria delle spese di lite.

Si costituiva il resistente, il quale spiegava le proprie difese assumendo di essersi limitato a sostituire le vecchie piante già esistenti sulla stradella e a sistemare le aiuole, deducendo altresì che la collocazione del cancello rispondeva ad esigenze di tutela della sua riservatezza e non impediva il libero e comodo transito della ricorrente. Concludeva quindi per il rigetto della domanda della ricorrente, con vittoria delle spese di lite.

Dopo l'interrogatorio libero delle parti e l'audizione degli informatori, con ordinanza del 2.12.2002 il Giudice istruttore rigettava la domanda di manutenzione della ricorrente, in assenza di imputazione apprezzabile dello stato di fatto preesistente.

Con comparsa del 10.1.2003 si costituiva nella fase di merito del giudizio possessorio la resistente, la quale ribadiva le conclusioni formulate nella precedente fase sommaria, chiedendo altresì, in via riconvenzionale, che fosse accertata la prescrizione del diritto di servitù di passaggio vantato dalla ricorrente.

Con comparsa dell'11.2.2003 si costituiva per la ricorrente l'Avv. B., in sostituzione del precedente difensore Avv. G. B., aderendo alle domande e alle conclusioni spiegate dallo stesso.

Con memoria ai sensi dell'art. 183, ult. co. c.p.c. la ricorrente chiedeva a sua volta l'accertamento dell'esistenza della servitù di passaggio sul fondo in possesso dell'O., da esercitarsi su una carreggiata larga tre metri, nonché l'accertamento della natura lesiva e limitativa del diritto di passaggio delle opere realizzate dal resistente su tale tratto di fondo, con condanna al ripristino dello stato dei luoghi e al risarcimento dei danni.

La causa, istruita con l'audizione di altri testi ad integrazione delle informazioni assunte nella fase sommaria e con la produzione di altra documentazione fotografica, sulle conclusioni delle parti indicate in epigrafe, era trattenuta in decisione, con termini di legge per il deposito di comparse conclusionali e repliche.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In via preliminare deve ritenersi abbandonata, in quanto non riproposta nelle conclusioni finali, né nella comparsa conclusionale, la domanda riconvenzionale di parte resistente di condanna della ricorrente al ripristino dello stato di fatto esistente prima della costruzione da parte della stessa in data successiva all'ordinanza resa all'esito della fase sommaria di un tratto di muro di confine, in prosecuzione di quello già esistente, che avrebbe ridotto l'ampiezza dell'ingresso della stradella per cui è causa sino a mt 2,70.

Sempre in via preliminare va confermato in questa sede il contenuto dell'ordinanza istruttoria emessa nella fase di merito, con particolare riferimento al rigetto della CTU e del supplemento di prova orale chiesto da parte ricorrente con le memorie del 12.3.2003 e 29.5.2003, che non è stato ritenuto conferente ai fini della decisione in

quanto vertente sulle stesse circostanze dedotte nella fase sommaria, in ordine alle quali sono stati già sentiti i testi richiesti con la predetta memoria (in quella sede assunti in qualità di informatori, ma previo giuramento, rendendo pertanto le loro dichiarazioni pienamente utilizzabili in questa fase).

A delimitazione del thema decidendum deve essere poi precisato che parte resistente ha introdotto con la comparsa di costituzione nel giudizio di merito la domanda riconvenzionale di prescrizione della servitù di passaggio esercitata dalla ricorrente, mentre quest'ultima, con la memoria ex art. 183, ultimo comma c.p.c., ha integrato l'originaria domanda di manutenzione del possesso, coltivata soltanto in via subordinata, con quella di natura petitoria volta all'accertamento dell'esistenza della servitù di passaggio sulla stradella oggetto di causa, alla riduzione in pristino e al risarcimento dei danni (art. 1079 c.c.), nonché con quella finalizzata all'accertamento della menomazione dell'originario esercizio della servitù (art. 1067 c.c.).

E' principio affermato in giurisprudenza che "il divieto sancito dall'art. 705 cod. proc. civ., secondo cui il convenuto nel giudizio possessorio non può proporre l'azione petitoria finché il primo giudizio non sia stato definito e la decisione non sia stata eseguita, non è infatti ostativo alla proposizione da parte dell'attore in possessorio della separata azione petitoria, né tale proposizione può interpretarsi come fatto incompatibile con la volontà di proseguire nel giudizio possessorio onde ottenere la più rapida tutela ad esso riconducibile. Il divieto di cumulo delle due azioni, infatti, è normativamente sancito per il solo convenuto in possessorio, sicché l'inizio del giudizio petitorio da parte dell'attore in pendenza di quello possessorio non è che indice della volontà di quest'ultimo di rafforzare, e non già di limitare, la difesa del diritto che si assume violato. Né d'altra parte, attesa la assoluta diversità degli elementi costitutivi ("causa pretendi" e "petitum") delle due azioni, dalla contemporanea pendenza delle relative controversie può profilarsi una questione di litispendenza" (cfr., Cass. n. 13495/05; nello stesso senso, Cass. n. 1666/04, Cass. n. 5110/98).

Nel caso di specie, pertanto, la domanda riconvenzionale avanzata dal resistente deve ritenersi inammissibile, in quanto introduttiva nel giudizio possessorio di un'eccezione petitoria, preclusa al convenuto per i motivi sopra esaminati (oltre che irritale in quanto contenuta in una comparsa di risposta che non trova giustificazione processuale, attesa la natura unitaria, anche se bifasica, del giudizio possessorio), mentre, quanto alla domanda integrativa della ricorrente, si osserva che pur essendosi verificata una mutatio libelli, con introduzione di una causa petendi e di un petitum difformi rispetto a quelli della fase interdettale, in ossequio al suddetto principio affermato dalla Suprema Corte, la variazione in corso di causa non può ritenersi improcedibile se non c'è opposizione da parte del convenuto.

Non risultando agli atti alcuna contestazione da parte dell'*****, possono quindi essere esaminate tanto l'actio confessoria servitutis, quanto quella proposta dalla ricorrente ai sensi dell'art. 1067, secondo comma, c.c..

Delle due, tuttavia, solo la seconda deve ritenersi in concreto ammissibile, in quanto nella fattispecie in

esame non è in contestazione l'esistenza o le modalità di esercizio del diritto di servitù di passaggio da parte del titolare del fondo servente, come dedotto dalla A., ma il mero impedimento qualitativo o quantitativo del relativo esercizio, essendo in discussione tra le parti la legittimità della condotta del proprietario (rectius, possessore in virtù di contratto preliminare di vendita) del fondo servente asseritamente limitativa dell'ampiezza e della funzionalità originarie della servitù di passaggio (cfr. Cass. n. 955/1980).

In tale contesto, analogicamente a quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in tema di tutela del possesso della servitù di passaggio come effettivamente esercitata fino al momento del presunto spoglio da parte del titolare del fondo dominante (cfr. Cass. n. 1743/05; Cass. n. 11036/03; Cass. n.10819/01), nel caso di introduzione nel giudizio possessorio, ad opera del ricorrente, di pretese fondate sul titolo di provenienza della servitù, vale il principio per cui "le opere vietate al proprietario del fondo servente dall'art. 1067, comma secondo, cod. civ. sono soltanto quelle che si riflettono, alterandolo, sul contenuto essenziale dell'altrui diritto di servitù quale è determinato dal titolo, sì da incidere sulla natura e sull'estensione dell'"utilitas" oggetto di quello stesso diritto. La norma non tutela quindi l'"utilitas" che di fatto il proprietario del fondo dominante ritenga di trarre dalla servitù, ma quella assicurata nel suo contenuto essenziale dal titolo. Conseguentemente, in tema di servitù di passaggio, non comporta diminuzione dell'esercizio della servitù l'esecuzione di opere che pur riducendo la larghezza dello spazio di fatto disponibile a tal fine, la conservino tuttavia in quelle dimensioni che non comportino una riduzione o una maggiore scomodità dell'esercizio delle servitù" (cfr. Cass. n. 10990/98).

Nella fattispecie in esame, all'esito dell'istruttoria condotta in entrambe le fasi di giudizio, è emerso che le opere di collocazione lungo il muro di cinta della stradella di palme e di aiuole con recinzione in conci di tufo da parte del resistente (condotta dallo stesso ammessa) non hanno immutato in modo apprezzabile lo stato preesistente dei luoghi, tanto da comportare un'effettiva limitazione, rispetto al passato, dell'uso e del godimento del passaggio. Dalle informazioni e dalle dichiarazioni testimoniali assunte si ricava, semmai, che l'O. si è limitato ad estirpare le piante ivi esistenti, sostituendole con altre nuove, e a modificare solo in minima parte la conformazione delle aiuole, senza tuttavia aumentare l'ingombro al libero passaggio da parte della ricorrente rispetto a quanto si verificava con la precedente recinzione in conci di tufo. Determinanti devono ritenersi, al riguardo, le dichiarazioni dei testi A. G., G. A. (questi primi due particolarmente attendibili in quanto artefici, rispettivamente, il primo della costruzione della recinzione delle originarie aiuole, avvenuta poco tempo dopo l'acquisto del fondo da parte dello stesso, il secondo della collocazione degli alberelli in sostituzione della vite canadese piantata a ridosso del muro) e A. M., tutti parenti stretti o affini della ricorrente, i quali hanno ricordato che, in precedenza, la profondità del bordo in conci di tufo di contenimento di tali aiuole era di circa 60-70 cm dal muro di cinta, misura pressoché coincidente con quella attuale (cfr. perizia dell'architetto D. V., consulente della parte ricorrente, il quale, ha indicato una profondità massima di 80 cm). La preesistenza delle aiuole intorno alle originarie colture piantumate lungo la stradella è stata poi confermata dallo stesso tecnico di fiducia dell'A., oltre che dal figlio (M. A.) e dal marito (M. R.), anche se quest'ultimo (unico fra tutti i testi escussi) ha ricordato una minore profondità delle aiuole originarie (30 cm più 3 cm di bordo) rispetto a quanto riferito dagli altri parenti della

ricorrente.

Le opere anzidette, pertanto, chiaramente visibili nelle ritrazioni fotografiche acquisite agli atti, non hanno certamente determinato un restringimento della sede destinata al transito, esercitabile ictu oculi sia a piedi che con la macchina, stante anche il fatto che essa non è delimitata nel lato opposto rispetto a quello ove sono state collocate le palme, sicchè il passaggio può indubbiamente continuare ad essere effettuato su di una superficie non meno ampia rispetto a quella prima utilizzata. Né appare rilevante la circostanza dedotta dalla ricorrente che sarebbe stato reso maggiormente difficoltoso il transito con mezzi pesanti ed autoveicoli di grosse dimensioni lungo il tratto di carreggiata de quo, in quanto, al di là del fatto che tale impedimento non emerge nella rappresentazione fotografica dei loghi, l'asserita modalità di esercizio della servitù non risulta né dal titolo di provenienza del diritto (cfr. atto di divisione Notaio G. del 25.3.1983, allegato alla perizia architetto D. V., in cui si fa riferimento solo "ad una servitù attiva di passaggio", senza altra specificazione) né dal possesso effettivo da parte della ricorrente (il solo teste G. ha riferito di un occasionale transito con una normale autovettura da parte della cognata nei mesi invernali, quando la strada dell'altro accesso fruibile dalla stessa era ricoperto d'alghe).

Quanto alla collocazione da parte del resistente del cancello intermedio in legno al confine tra la sua proprietà e quella della A., la condotta non integra in ogni caso una limitazione dell'esercizio della servitù di passaggio, come determinata dal titolo, né una turbativa del possesso della stessa, perché da un canto risponde ad una legittima esigenza di tutela della riservatezza (e ciò anche nell'interesse della ricorrente confinante) - di natura quindi non emulativa, se si considera che gli altri due cancelli posti all'inizio e alla fine della stradella separano i fondi delle due parti da quelli di terzi proprietari, non invece tra loro - dall'altro, non impedisce né rende oltremodo disagiata l'esercizio concreto del passaggio, trattandosi, invero, di cancello scorrevole su binari, pertanto di agevole apertura, sprovvisto, in base a quanto emerso dall'istruttoria, di serratura o di lucchetto (cfr. foto agli atti e dichiarazioni testi D. V. e M. R. in merito all'apertura del cancello da parte della stessa ricorrente; quanto al diritto del proprietario del fondo dominante di chiudere il proprio fondo senza che ciò comporti limitazioni al contenuto della servitù né particolari disagi al titolare della stessa: Cass. n. 21613/04; Cass. n. 15796/02; Cass. n. 15977/01; Cass. n.8436/95).

Alla luce delle superiori considerazioni deve essere quindi rigettata la domanda attorea di accertamento

della lesività delle opere realizzate dal resistente sulla carreggiata ove è esercitata la servitù di passaggio, formulata dall'attrice ai sensi dell'art. 1067 c.c. e quella consequenziale di condanna del resistente alla riduzione in pristino dello stato dei luoghi. In assenza dei presupposti di fatto della lesione, va anche respinta la domanda di risarcimento dei danni, dei quali, tra l'altro, non è stata specificata la natura e l'ammontare.

Per le stesse ragioni non possono essere accolte nemmeno le corrispettive domande di natura possessoria avanzate dall'attrice, ai sensi dell'art. 1170 c.c., in via subordinata.

Le spese di lite, da liquidarsi nella misura indicata in dispositivo, seguono la soccombenza nella fase sommaria e quella nella domanda principale di natura petitoria e possessoria nella fase di merito.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando nella causa come sopra promossa, disattesa ogni diversa istanza, anche di natura istruttoria, eccezione o deduzione, così provvede:

- 1) dichiara inammissibile la domanda riconvenzionale di prescrizione della servitù di passaggio spiegata da O. L.;
- 2) dichiara inammissibile, in concreto, l'azione "confessoria servitutis" avanzata da *****;
- 3) in rigetto della domanda della ricorrente, dichiara la natura non lesiva e non limitativa della servitù di passaggio - come esercitata dalla ricorrente sulla stradella oggetto di causa in base al titolo di provenienza - delle opere realizzate dal resistente;
- 4) in rigetto della domanda della ricorrente, dichiara la natura non lesiva e non limitativa della servitù di passaggio - come esercitata dalla ricorrente sulla stradella oggetto di causa in virtù del possesso del relativo diritto - delle opere realizzate dal resistente;
- 5) per l'effetto, rigetta la domanda di condanna del resistente al ripristino dei luoghi e al risarcimento dei danni;
- 6) condanna la ricorrente alla refusione in favore della resistente delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 7.149,97, di cui euro 9,97 per spese, euro 1.800,00 per diritti ed euro 5.340,00 per onorari, oltre IVA, CPA e rimb. spese generali come per legge.

Marsala, 24.3.2006.

Il Giudice

<https://www.diritto.it/possesso-azione-possessoria-proposizione-da-parte-dell-attore-di-separata-azione-petitoria-nel-giudizio-possessorio-ammissibilita-esistenza-improcedibi/>